
E FVNDARA en eſte papel, que la juſticia de doña Damiana es clara; para que ſe reuoque la ſentencia de viſta, y muy injuſta la pretenſion de la dicha doña Leonor, y para eſto ſe formarán dos articulos. En el primero ſe referira el hecho. Y en el ſegundo ſe fundarà el derecho de ambas partes.

Primus Articulus.

EN eſte ſe ſupone. Lo primero, que Diego Fernandez del Carpio Presbytero, vezino de Arjonilla, por el año paſſado de 1551. teniendo como tenia ciertos oliuares en el ſitio de la Chichina, y otros en el ſitio del Pozuelo, que ſon pagos diferẽtes y apartados media legua el vno del otro, con doze mil oliuos intermedios, que aſsi eſtâ prouado con mas de veynte y ſeys teſtigos de ambas partes, con las viſtas de ojos, y eſcrituras que ſe yran refiriendo. Deſpues de auer edificado vna Hermita en la dicha villa a nueſtra ſeñora de la Concepcion, y fundado en ella vna Cofadria, y dexado por patronos della a los cofadres, y en ſu defeto nombrado por patrona a Maria de Leon ſu ſobrina durante ſu vida; *y que deſpues lo fueſſe la perſona que la ſuſodicha quiſieſſe*, pone luego la clauſula ſiguiente.

¶ *Itẽ mando, q̃ ſe tomẽ cinquẽta y ſeys oliuos de los q̃ yo tengo en el pago del Pozuelo, termino deſta villa, los 36. que eſtan deſde el camino cõ lo que era de Iorge Nieto, y los otros veynte de lo viejo que alindan con eſtos, los quales mando que tenga y goze la dicha Maria de Leon mi ſobrina durãte los dias de ſu vida, y los dexe a la dicha Hermita para ſu ſuſtentacion y reparo della, y lo demas que ſobrare lo lleue la dicha Cofadria ſi lo acetare, y ſino la perſona q̃ fuere patrono dello, ſegũ de ſuſo ſe cõtiene.*

Y lue-

Y luego instituye vn anniuersario de doze Missas cada año en otros oliuos que le quedan en el Pozuelo en la forma siguiente.

¶ *Item mando, que den a la dicha Maria de Leon mi sobrina todos los otros oliuos que me quedan en el dicho sitio del Pozuelo, para que los goze e sea vsufrutuaria dellos durante los dias de su vida, con que me haga dezir en cada vn mes del año perpetuamente vna Missa de la festiuidad de la limpia Concepcion de nuestra Señora, la qual diga en la dicha Iglesia donde me tengo de enterrar, con el Clerigo que ella quisiere, y en fin de sus dias lo dexe a la persona que ella quisiere con la misma carga, y assi vaya sucediendo para siempre jamas.*

Y despues por vna clausula instituye por su vniuersal heredera a la dicha Maria de Leon de todos sus bienes muebles y rayzes.

Lo segundo se supone, que el dicho Diego Fernandez del Carpio por el año de 1551. como principal, y Iuan de Perea Alferez como su fiador, vendieron vn censo de dos mil marauedis cada año a las Monjas de Iesus Maria de la ciudad de Andujar, y lo impusieron sobre sus bienes, especialmente sobre vn oliuar de cien oliuos que dize està en el pago del Pozuelo, que alinda con oliuar de Pedro Gomez de Lara por vna parte, y por la otra con oliuar de Iuan Lopez Mingo.

Lo tercero, que la dicha Maria de Leon en veynte y quatro de Febrero de 1573. vendio a Fernando Perez, padre de doña Damiana, vn oliuar de setenta y quatro oliuos en el sitio de la Chichina, con cargo de veynte y quatro mil marauedis de censo principal que se pagaua a las Monjas de Iesus Maria de la ciudad de Andujar, por precio de quatro mil y quinientos marauedis, y el mismo dia el dicho Fernan Perez reconocio el dicho censo en fauor de las dichas Monjas: y por vna clausula de la escritura de venta dize: *Que se obliga a la euiccion y saneamiento, y obliga su persona y bienes rayzes y muebles a la paga y seguridad de la dicha venta, y que le pagarà y restituyrà el principal con los frutos, y con los daños, interesses*

intereſſes y menoſcabos, diferido todo en el juramento de el Fernan Perez, y le pagarà la redencion del cenſo ſi lo tuuiere redimido.

Lo quarto, que la dicha Maria de Leon en onze de Otubre de 1574. años otorgó ſu teſtamento con que murio; y por vna clauſula del dize lo ſiguiente.

¶ *Item digo, que yo huue de mi ſeñor Diego Fernandez del Carpio Clerigo, vezino que fue de Arjonilla, dos oliuares en el cerro las Cabras, termino de Arjonilla, ſo ciertos linderos contenidos en el teſtamento que dello otorgo, con cargo de que en cada vn año para ſiempre jamas le hizieſſe dezir por ſu anima diez Miſſas en la Igleſia que yo quiſieſſe, y que deſpues de mis dias le dexaſſe los dichos oliuares con la dicha carga a quien yo quiſieſſe; quiero y es mi voluntad que los dichos oliuares los ayan y lleuen Iuan de Leon, y Tereſa de Leon, y Catalina de Robles mis hermanos, y gozen del vſufruto dellos todos los dias de ſu vida, y para deſpues de ſus dias los ſuſodichos los dexen con la miſma carga a vn hijo ô hija de Antonio de Robles mi primo difunto, y hijos de doña Yſabel de la Peña ſu muger, que ha de ſer a el que ellos nombraren. Y aſsimiſmo quiero que los dichos mis hermanos ayan y lleuen vnas caſas que yo huue y heredè del dicho mi ſeñor Diego Hernandez del Carpio, que eſtà vna Hermita dentro dellas, que es de nueſtra Señora de la Concepcion, en la villa de Arjonilla, linde de caſas de Pedro Serrano, y de Benito Martinez, vezinos de Arjonilla, las quales dichas caſas los dichos mis hermanos las ayan y lleuen con cargo de que en cada vn año para ſiempre jamas me hagan dezir por mi anima, y del dicho mi ſeñor, ocho Miſsas, vna a nueſtra Señora de la Concepcion en ſu dia ò octaua, otra a ſeñora Santa Ana, y otra a San Ioſephe, y las otras quatro Miſſas en las quatro Paſquas de cada año, en la parte y lugar e Igleſia que ellos quiſieren: y eſtas dichas caſas, con la dicha memoria de los dichos oliuares que aſsi dexó el dicho mi ſeñor, mando que ſe junte toda vna memoria, que ſon por todas diez y ocho Miſsas en cada vn año, y las lleue vna perſona ſola, que ha de ſer hijo ô hija del dicho Antonio de Robles y doña Yſabel, y haga dezir las dichas Miſsas en cada vn año, y el tal poſſeedor vaya nombrando ſi tuuiere hijos al que el*

 quiſiere,

quisiere, y si no los tuuiere que los dexe a vno de sus hermanos, y assi vaya de vnos en otros para siempre jamas: y nombro por patronos de la dicha Iglesia a los dichos mis hermanos, para que tengan cuydado de los reparos della, porque assi es mi voluntad.

Lo quinto, que la dicha Maria de Leon estando enferma hizo otro testamento y vna escritura de donacion en fauor de Francisco Zumaquero, vezino de Arjonilla, de todos sus bienes, y tomó possession de todos ellos; y por muerte de la dicha Maria de Leon, Iuan de Leon, y Guiteria de Leon, y Catalina de Robles, hermanos de la dicha Maria de Leon, pusieron demanda al dicho Francisco Zumaquero como a posseedor de los dichos bienes, y conforme al interrogatorio que está en el pleyto, de donde se sacò la executoria, parece por la primera pregunta del, que los bienes que pidieron y articularon los dichos tres hermanos contra el dicho Francisco Zumaquero, fueron dos oliuares, vno en el Pozuelo, y otro en la Chichina, y los bienes muebles que auian quedado por muerte de la dicha Maria de Leon: y ay testigos que dizen auer oydo dezir, que la dicha Maria de Leon dexò dos oliuares, el vno en el sitio del Pozuelo, y otro en la Chichina; y este vltimo dize que està a la linde de oliuar de Fernando Perez, padre de la dicha doña Damiana.

Lo sexto se presupone, que muertos los dichos Iuan de Leon y sus hermanas, durante su pleyto doña Ysabel de la Peña, madre de la dicha doña Leonor, como madre de Diego de Robles su hijo ausente, puso demanda al mismo Francisco Zumaquero, como a tenedor y posseedor de todos los bienes que auian quedado por muerte de la Maria de Leon, que dixo eran dos oliuares y vnas casas, diziendo que Maria de Leon en su testamento mandó las dichas casas y oliuares a sus tres hermanos, y despues de sus dias los mandó al dicho su hijo, con ciertos vinculos y condiciones, y con prohibicion de enagenacion, y que por auer muerto

los

los dichos tres hermanos pertenecen al dicho su hijo los dichos bienes, que les condenen a que se los restituyan. Y tuuo sentencia en su fauor.

Lo setimo se presupone, que por muerte del dicho Diego de Robles el Iuan de los Rios y su muger, siendo hija segunda de Antonio de Robles, y de doña Ysabel de la Peña, callando a doña Maria su hermana mayor, y a doña Sebastiana su hija, cõ falsa y siniestra relacion, en virtud del llamamiento de la Maria de Leon, haziendose hija mayor puso demanda el Francisco Zumaquero a onze de Março de 603. diziendo, que la Maria de Leõ por Otubre de 99. en el testamento que otorgõ estando con su entero juyzio mandó los oliuares y casas con cargo de ciertas Missas a Iuan de Leon, Teresa de Leon, y Catalina de Robles sus hermanos, y que despues de sus dias sucediesse vn hijo o hija de Antonio de Robles y de doña Ysabel de la Peña, el que nombrassen el dicho su hermano y hermanas, y que los susodichos eran ya muertos, y que la susodicha era la hija mayor del dicho Antonio de Robles, porque Diego de Robles su hermano mayor era ya muerto, y assi le pertenecia a ella la sucession. Pidio fuesse condenado el Francisco Zumaquero a restituyrles las casas y los dos oliuares con los frutos. Y la sentencia de vista fue absoluer de la demanda al Zumaquero y consortes. Y en reuista se reuocò la dicha sentencia, condenando a la Cofadria y al dicho Francisco Zumaquero en restitucion de las casas y oliuares contenidos en la demanda, con que diesse fianças de que si no les perteneciessen los restituyria. Deste aditamento suplicó la doña Leonor, y en tercera sentencia se reuocò el dicho aditamento, de que se le despachò executoria, en cuya virtud tomó possession de tres oliuares que ha confessado en su interrogatorio, y en respuestas a preguntas que se le han hecho por parte de doña Damiana. De suerte que siendo dos los oliuares a que los hermanos de Maria de Leon, y doña Ysabel de la Peña, madre de la dicha doña

Leonor,

Leonor, pretendieron tener derecho, y a las casas, reconociendo no tener derecho, para mas tomò ella possesion de tres, y no està contenta ella ni su marido.

Lo otauo se presupone, que auiendo posseydo los dichos oliuares y casas en virtud del llamamiẽto de la Maria de Leon tiempo de doze ò treze años, atreuiendose a que siendo rica litiga por pobre, puso demanda a doña Damiana por el año de 16. diziendo, que los setenta y quatro oliuos que Maria de Leon vendio a Fernando Perez su padre eran de los del anniuersario, y que la susodicha no los pudo vender ni enagenar, que la justicia la condenasse en restitucion de trezientos oliuos que doña Damiana tiene y possee en el sitio de la Chichina, porque a ella se los tenia tomados y vsurpados. Y por otro si pidio, que doña Damiana declarasse como en su presencia auia confessado auer comprado en la Chichina setenta oliuos de el Frãcisco Zumaquero, con cierto censo que se auia redimido, y que se le mandasse exhibir la escritura.

La dicha doña Damiana confessò, que su padre auia comprado de Maria de Leon setenta y quatro oliuos en el pago de la Chichina, con cargo de cierto censo que su padre redimidio, impuesto por el Diego Fernandez del Carpio en fauor de las Mõjas de Iesus Maria de la ciudad de Andujar, el qual està a la linde de los oliuares que la dicha doña Damiana auia heredado de sus padres; y luego presentó los titulos y escrituras referidas, y por ellas constó auer comprado el dicho su padre de la Maria de Leon solamente los setenta y quatro oliuos, y ser contra verdad dezir que su padre auia comprado los trezientos oliuos que la susodicha posseia en la Chichina del Francisco Zumaquero.

Lo nono se presupone, que doña Damiana se defendio con los dichos titulos ante la justicia inferior, y con prouanças que hizo con mucho numero de testigos, que juraron, que los setenta y quatro

quatro oliuos no eran del dicho anniuersario; porq no estan en el Pozuelo, sino en el de la Chichina, apartado del pago del Pozuelo media legua, con dos pagos intermedios, y en ellos doze mil oliuos, que assi lo dizen diez y siete ó diez y ocho testigos en la instancia del inferior: y vno dellos llamado Christoual de oliuares declaró, que todos los que tenian noticia deste pleyto condenauan por injusta la demanda; y la dicha doña Leonor no prouó cosa de importancia, antes algunos de sus testigos dizen en fauor de doña Damiana, como consta de su prouança, a que me remito. Y con esto salio sentencia de la dicha justicia inferior, en que absoluio a doña Damiana de la dicha demanda; de que dixo agrauios Iuan de los Rios y su muger. Y hechas mas prouanças por doña Damiana sobre la distincion y diuersidad de los dichos sitios, y hecha vista de ojos a pedimiento de la dicha doña Leonor, cometida a las justicias de la dicha villa de Arjonilla, a que se halló presente Iuan de los Rios, le preguntó el Alcalde declarasse el oliuar que pretendia, y no respódio cosa ninguna: y diziendole el Alcalde que era injusta su pretension, boluio a callar, argumento euidente de su calumnia. Y sin embargo de tantas prouanças y vistas de ojos salio sentencia de vista, en que se reuocó la del inferior, y se condenó a doña Damiana a que restituyesse los setenta y quatro oliuos con los frutos desde la contestacion.

Desta sentencia suplicó doña Damiana, alegando agrauios contra la dicha sentencia, y que la susodicha tiene y possee todos los oliuares en que el dicho Diego Fernandez del Carpio auia instituydo el anniuersario; y buelue a referir la distancia de los sitios. Y en otra peticion, alegando mas de la justicia dize, que conforme a la clausula del anniuersario pudo Maria de Leon vender los setenta y quatro oliuos, porque son del sitio de la Chichina, y no del Pozuelo, y que quando lo fueran los pudo vender la Maria de Leon: y no lo puede contradezir la doña Leonor, porque deriua su derecho del llamamiento de Maria de Leó,

y otros Pozuelo: y que el oliuar que possee Iuan de los Rios està continuado con el de doña Damiana, que serà de trezientos oliuos de la misma edad y postura.

Bartolome Lopez dize, que el oliuar de Iuan de los Rios està a la linde de doña Damiana, que no ay padron entre ellos, que estan puestos por cartabon, y que los puso vn dueño, y las hiladas derechas.

Otro testigo, que se llama dize, que el sitio del Pozuelo y Chichina son diferentes, apartado el del Pozuelo del de la Chichina media legua, con el sitio de las Canteras, y la cañada el Gordo, que estan en medio con doze mil oliuos: y que el oliuar de los trezientos de doña Damiana, parte los plantaron sus abuelos de doña Damiana, y otros los compró Fernan Perez su padre de las personas que se refierẽ en las escrituras de venta.

Lo dezimo se presupone, que estando el pleyto en este estado doña Sebastiana Robles, hija de doña Maria de Robles, hija mayor de Antonio de Robles, y de doña Ysabel de la Peña, puso demanda a la doña Leonor diziendo, que ella era hija de doña Maria de Robles, la qual auia sido hija mayor de Antonio de Robles, y de doña Ysabel de la Peña, y que como a tal le pertenecia la sucession del anniuersario, que la doña Leonor se auia hecho hija mayor, y con esto ganado executoria, y en virtud della estaua posseyendo los bienes del anniuersario. Pidio fuesse condenada en restitucion dellos con los frutos. Caso de Corte por ser pobre. Notificada la demanda doña Damiana presentò traslado della en este pleyto, para que constasse con el embuste y falsedad con que auia ganado la executoria; y como no era parte.

Y la doña Sebastiana se opuso al pleyto, pretendiendo excluyrla de los setenta y quatro oliuos, y q̃ a ella se le auia de hazer la restitucion; y fue prosiguiẽdo su pleyto de la nueua demanda, y se recibio a prueua. Y con prouision de la Audiencia truxo testimonio del libro del Bautismo de la villa de Martos de la legitimacion de la dicha doña Maria, y de su edad,

edad, y de la dicha doña Leonor, y de como su madre era mayor que la doña Leonor; y luego prouó lo mismo con suficiente numero de testigos, cuyos traslados de testimonio y prouanças tiene doña Damiana presentados en este pleyto.

Lo vltimo se presupone, que estando el pleyto de la doña Sebastiana concluso para verse, la dicha doña Leonor, porque no se descubriessen las falsedades con que ganó la executoria, negocio cõ ciertos Frayles que fuessen a hablar a la doña Sebastiana y su marido, y le persuadiessen que no tenian justicia, y que pues ella auia ganado la executoria se la dexassen, especialmente porque trataua de casar vna hija suya, porque se auia de casar con la dicha hazienda: y con la intercessión de los dichos Religiosos, y de otras personas que en ello han interuenido, se han conuenido y concertado las susodichas, y apartadose del dicho pleyto en la forma que se contiene en la dicha escritura de transacion, donde se dize que confiessa la doña Leonor ser hermana segunda, y la doña Sebastiana su sobrina ser hija de hija mayor; contra lo que la susodicha y sus testigos juraron induzidos por la susodicha; y por el dicho Iuan de los Rios su marido, de los quales por los dichos perjuros doña Damiana se ha querellado.

Secundus Articulus.

CON el hecho referido in presenti articulo pretende doña Damiana que su justicia es notoria, para que se reuoque la sentencia de vista, y que se confirme la del inferior, lo qual constarà de las respuestas al fundamento en que Iuan de los Rios y su muger apoyan su pretension.

Es pues el fundamento de los susodichos dezir, que por las dos escrituras que se refieren en el segundo y tercero presupuesto del hecho consta ser vn mismo pago el Pozuelo y la Chichina, porque el Diego

Fernandez del Carpio impuſo el cenſo de dos mil y tantos marauedis cada año en fauor de las Monjas de Ieſus Maria de la ciudad de Andujar, y eſte miſmo cenſo es el con que la Maria de Leon vendio a Fernando Perez los ſetenta y quatro oliuos, de ſuerte que conuiene el vno con el otro en el vendedor, y en el comprador, y en la coſa vendida, que es el cenſo: igitur, bien ſe ſigue que el Pozuelo y la Chichina es todo vn pago, atque ex conſequenti, que el anniuerſario que el Diego Fernandez del Carpio impuſo ſobre los oliuares del Pozuelo quedò tambien impueſto ſobre los ſetenta y quatro de la Chichina que védio la Maria de Leon al padre de doña Damiana, y aſsi no los pudo vender.

Præ maximè, que la dicha doña Leonor pretende tiene prouada la dicha identidad de los ſitios con los dichos de ſus teſtigos, de los quales dos ò tres dizen eſtar continuados los oliuares que poſſee doña Leonor del anniuerſario en el Pozuelo, con los que poſſee doña Damiana en el ſitio de la Chichina, y que eſtan pueſtos por cartabon, y ſon de vna miſma edad y calidad.

A eſte fundamento ſe reſponde en las maneras ſiguientes.

Lo primero, que aunque por las dichas dos eſcrituras ſe prueue la identidad del cenſo, no ſe ſigue q̃ los dichos dos ſitios ſean vno miſmo, porque la impoſicion del cenſo ſe vario, como lo tiene prouado doña Damiana con muchos de ſus teſtigos, que dizen, que la Maria de Leon viendo que ſu tio auia inſtituydo el anniuerſario tambien ſobre los oliuos que tenia en el Pozuelo, lo enfranquezio y mudò el cenſo a los ſetenta y quatro oliuos que vendio a Hernãdo Perez padre de doña Damiana, y aſsi con verdad ſe dize que lo impuſo el dicho Diego Fernandez del Carpio por ſer el miſmo: y ſiendo tal la demonſtracion del cenſo que pudo variarſe, como ſe vario por la dicha Maria de Leon, queda deshecha la dicha identidad, y prouado que es diferente el ſitio de la Chichina de el del Pozuelo, porque el dicho cenſo

ſe redu-

se reduxo a el de la Chichina del pago del Pozuelo. Y bien se vee que huuo variacion y nouedad, pues auiendo dicho el Carpio que imponia el censo sobre cien oliuos que tenia en el Pozuelo; vemos que la Maria de Leon dize que està impuesto sobre los dichos setenta y quatro oliuos.

A lo qual no puede obstar el dicho de Ysabel Aluarez, huespeda de Iuan de los Rios, que sin dar razon de su dicho dize, que estan continuados los oliuos que possee Iuan de los Rios con los trezientos de doña Damiana; ni el de Bartolome Lopez, que dize, que el oliuar de Iuan de los Rios està a la linde de doña Damiana, que no ay padron entre ellos, que està puestos por cartabon, y que los puso vn dueño, y las hiladas derechas.

Porque se responde, que siendo tan grande el numero de los testigos de doña Damiana, que concluyen la distancia de la media legua, y doze mil oliuos intermedios, hase de estar a prouança de tantos testigos fidedignos, y no a tan pocos, y que ni dan razon de sus dichos, ni tienen noticia de los sitios: porque quando concurren de vna y de otra parte testigos contrarios, hase de estar a los del numero mayor, iuxta plura tradita ab scribentibus in cap. in nostra, versic. Mandamus, vbi gloss. & in verbo, aduersa, de testibus, & à Farinac. quæst. 65. part. 3. à num. 107. vsque ad num. 244. especialmente concurriendo cō los testigos de doña Damiana los dichos de Christoual de Oliuares, y de Pablo de Morales, y el vltimo de doña Leonor, que dizen, que el sitio del Pozuelo, y el de la Chichina son distintos y apartados media legua el vno del otro; los quales solos hazen plena prouança en fauor de doña Damiana, porque es de derecho por la conclusion ordinaria, quod vnicus testis testificans contra producentem facit plenam probationem fauore illius contra quem fuit productus, quod per innumera exornauit Ioseph. Ludou. conclusi. 70. per totam, & Farinac. quæst. 62. á num. 226. cum seqq. y mas que concurre contra los testigos de la dicha doña Leonor la presuncion vehementissima

tissima de falsedad, que resulta de auer sido presentados por persona que desde el pleyto en que ganó la executoria començó a jurar que era hija mayor, y presentó testigos que lo juraron, siendo contra verdad, y que assi ya lo tiene confessado por la escritura de transacion, y assi se presume que los testigos deste pleyto son como aquellos, *& crimine ab vno disce omnes*, que es lo que de Sinon dixo Virg. lib. 2. Eneydos, que lo ponderó Tiberio Deciano, respons. 62. num. 37. volum. 3. tratando de caso semejante, & ex cap. semel malus, de regul. iur. in 6. cum in numeris perpensis á Menoch. de presumpt. lib. 5. præsumpt. 2. num. 50. & copiosissimè presumpt. 32. per totam, vbi pluribus exemplis comprobat & num. 3. *Ait eum qui semel calumniatus est in futurum, calumniari præsumi*. Et num. 12. inquit: *Quod semel per iuris præsumitur peierare in futurum*. Et num. 13. *Quod qui semel commissit falsitatem in posterum committere falsum præsumitur.*

Lo segundo se responde, que los testigos dos ò tres de la doña Leonor, que dizen, que estan continuados con los trezientos de doña Damiana, se han de entender en quanto al oliuar que la susodicha tiene en la Chichina junto al oliuar de los setenta y quatro oliuos de doña Damiana, que estos estan continuados, y fueron del Diego Fernandez del Carpio, y puede ser que sean de vna postura, y puestos por cartabon, y en hilera; pero el testigo que dixere que no ay linde ni surco en medio destos dos, està claro que jurara falso, pues quando los vendio la Maria de Leõ fue preciso deslindarlos; y estar estos dos a la linde vno de otro en la Chichina lo tiene confessado doña Damiana desde su primera declaracion que hizo ante la justicia inferior a pedimiento de la doña Leonor; y estos setenta y quatro oliuos de doña Damiana estan a la linde de los demas que tenia su padre en la Chichina al tiempo que los compró de la Maria de Leon: ita, que el oliuar que la doña Leonor tiene en la Chichina a la linde de los dichos setenta y quatro que vendio la dicha Maria de Leon al padre de doña Damiana, estan distantes de los oliuos del

del anniuersario y del Pozuelo la dicha media legua, con los doze mil oliuos intermedios que tantas vezes se han repetido: itaque doña Leonor auia de prouar que los setenta y quatro oliuos estauan dentro de los oliuares del Pozuelo, porque se presumen libres, y no sugetos a seruidũbre, Ioann. Andreas, in cap. nimis, de iureiurando, Alexand. cõs. 129. in princip. lib. 1. Roland. cons. 2. num. 11. lib. 3. pro quo facit elegans Herculis Marescot. doctrina, variar. resolut. lib. 1. cap. 12. num. 5. donde auiendo referido la opinion de algunos Doctores que dixeron, que los bienes que se hallauan entre los feudales se presumian tales si los posseia el sucessor del feudo; pero no si los posseia vn tercero, como en nuestro caso; pero no quando los posseia el sucessor, dize: *Attamen Rota, hanc declarationem non approbat, sed indistinctè tenet, quod bona in territorio castri contenta, siuè intra fines feudi comprehensa libera præsumantur, nisi feudalia doceantur, & hoc, siuè illa possideantur à tertio, siuè ab ipso inuestito, & ita tentum in vna Leodien. hæreditatis 14. Nouembr. 1603. coram Cardin. Seraphin.*

Lo tercero se responde, aduirtiendo, que la venta de los setenta y quatro oliuos la otorgò Maria de Leõ a Fernan Perez, padre de doña Damiana, a veynte y quatro de Febrero de 1574. y el testamento con que murio fue a onze de Octubre de 1579. que son cinco años despues, y que por muerte de la susodicha sucedieron Iuan de Leon, y Teresa de Leon, y Catalina de Robles, hermano y hermanas de la Maria de Leõ, los quales pusieron demanda a Francisco Zumaquero de los bienes que auian sido de la Maria de Leon, por dezir se los auia mandado estando fuera de juyzio, y los bienes de su demanda fueron dos oliuares, vno en el Pozuelo, y otro en la Chichina, y vnas casas: y por muerte de los susodichos doña Ysabel de la Peña, madre de doña Leonor, puso demanda por su hijo ausente al mismo Zumaquero, y le pidio los mismos dos oliuares y casas. Y por muerte del ausente la dicha doña Leonor, haziendose hija mayor, siendo la menor, puso demanda al mismo Zumaquero, y

 le pi-

le pidio los mismos bienes, y le vencio, de que sacó executoria, y tomó posses sion de los dichos dos oliuares, y vno mas, y de las dichas casas, en todos los quales discursos passaron quarenta y siete años sin q̃ la dicha doña Leonor y sus predecessores, hermanos de la Maria de Leon, se atreuiessen a poner demãda de los dichos setenta y quatro oliuos que su hermana auia vendido por del dicho anniuersario. De dõde resulta, que con el dicho transcurso de tiempo, y con el dicho titulo de venta, aũque fueran del anniuersario los dichos oliuos, los tenia prescriptos la dicha doña Damiana, como los tuuiera adquiridos cõ solo el transcurso de la inmemorial: quia equiparantur in iure, & habent eandem vim, iuxta tradita per D. Ludouic. de Molina, de Hispanorũ primogenijs, lib. 2. cap. 6. num. 51. & probatur in cap. cum personę, §. quod si tales de priuilegijs, in 6. & ex in numeris, ibi: *Adductis*, *quæ sané resolutio procedit etiam in anniuersaris*, secundum tradita á D. Perez de Lara, in suo lib. 1. de anniuersar. & Capellan. cap. 20. nu. 69. pro quo est textus in authent. de Ecclesiast. titul. §. pro temporalibus. Donde auiendo el Emperador tratado de la prescripcion ordinaria de 10. 20. 30. años con que se adquieren las cosas temporales, dize, que las Ecclesiasticas y particulares se adquieren por tiempo de quarenta años, ibi: *Sacrosanctis Ecclesijs, & alijs vniuersis venerabilibus locis solam 40. annorum præscriptionem opponi præcipimus.* Et in l. 26. tit. 29 p. 3. ibi: *Qual cosa quier que sea de aquellas que son llamadas rayzes, que pertenezcan a alguna Iglesia ó lugar Religioso, non se pueden perder por menor tiẽpo de quarenta años*; vbi Gregor. gloss. 2. Abbas, & Felin. in cap. 2. de pręscription. Quinimó, en este caso bastaran diez años, supuesto que los setẽta y quatro oliuos no estan expressados en la clausula del anniuersario, porque solamente expressó los oliuares del Pozuelo, que está prouado estar distante media legua de la Chichina con tanto genero de prouanças como quedan referidas, que es euidencia. Pero confessemos sin perjuyzio de la verdad que estuuiera toda via dudoso si era todo vn pago, y si estauan comprehendidos

Bona eclesiae praescribuntur per 40 annos [illegible]

hendidos

hendidos ò no los setenta y quatro oliuos en el dicho anniuersario, adhúc, in hoc casu est indubitatum sufficere 10. annos ad præscribendum: quia tot sufficiunt, para interpretar la duda de la clausula del testamento, en que no expressò el dicho sitio de la Chichina, ni los setenta y quatro oliuos; y posseydolos doña Damiana y su padre desde el dia de la venta en vida de los hermanos de Maria de Leon, hasta q̃ litigó la doña Leonor, y ganó la executoria, y treze o catorze años despues que la ganò; cuya possession quieta interpretó ser libres los dichos setenta y quatro oliuos, iuxta verissimam doctrinam D. Ludouici de Molina, lib. 2. cap. 6. num. 57. & 58. vbi copiosissimè exornat.

Deste transcurso de tiempo se sigue la presuncion vehementissima de la dilacion, que prueua ser injusta la causa del que dilató tanto el poner su demanda; y mas auiendo precedido tantas personas en silécio que tenian noticia de la verdad que quiere atropellar la parte contraria por medios satis superque injustos, contra cuyas falacias en caso semejante inuehitur & exclamat Cicero in oratione pro Lucio Cornelio Balbo, dicens: *O magna vis veritatis, quæ contra hominum ingenia caliditatem solertiamque semper se ipsa defendit.* Semejantes demandas tuuo por calunias el Iurisconsulto in l. si quis forte, ff. de pœnis, ibi: *Quia tandiu tacuit, & paulò inferius, neque enim debebant tã magnam rẽ tandiu reticere*, ca. nullus, de præsumptionib. que es texto expresso, Paul. de Castro, cons. 281. num. 10. part. 1. Mascard. conclusi. 532. nu. 59. in nouissimis, vbi inquit: *Vigesimo fallit, quamquis nimium procrastinat proponere, vel excipere aliquid in iudicio, nam hoc casu præsumitur dolus contra eum.* Y son mas de cien Consulentes los que ponderan por validissima esta presuncion, y muchas las decisiones y cosas juzgadas, & est optima præsumptio Menoch. lib. 2. præsumpt. 92. per totam. Y esta calunia se conuence mas, porque no puede ser verdad que auiendo Diego Fernandez del Carpio impuesto el censo en fauor de las Monjas sobre los cien oliuos del Pozuelo, de quien dize la doña Leonor

ñor ſer parte los ſetenta y quatro oliuos, impuſieſſe deſpues el anniuerſario, ſin hazer mencion del dicho cenſo, y que quiſieſſe agrauiar a las Monjas, cargando en ſu hipoteca el dicho anniuerſario, y queriendo deſcargar con Miſſas ſu conciencia, dexarla mas cargada con el dicho anniuerſario, dexando vinculados los ſetenta y quatro oliuos, y cometido eſtelionato.

Lo quarto ſe reſponde, que quando los dicho ſetẽta y quatro oliuos fueran del anniuerſario, que negamos, ſupueſto que Diego Fernandez del Carpio por la clauſula en que lo inſtituyó en fauor de Maria de Leon ſu ſobrina, dexa a la voluntad de la ſuſodicha nombrar ſuceſſor, el que ella quiſieſſe; y que la ſuſodicha nombró para deſpues de ſus dias a ſus hermanos, y deſpues a los hijos de Antonio de Robles, y de doña Yſabel de la Peña, y que para acrecentamiento del dicho anniuerſario dexó las caſas de junto a la Hermita, que eran de la Maria de Leon, que las auia heredado libres de ſu tio; y hizo la ſuſodicha otro anniuerſario dellas con cargo de ocho Miſſas cada año para ſiempre jamas, y lo incorporó al primero de Diego Fernandez del Carpio, y que tomò poſſeſſion de ambos la dicha doña Leonor, queda conuẽcida de ſu injuſticia por muchas razones y principios de derecho que ſe yran refiriendo. Y es la primera la regla y concluſion general de la l. filius familias, §. cũ pater, ff. de leg. 1. y de la l. ab eo, C. de fideicommiſ. videlicèt, que quando el poſſeedor del vinculo ó mayorazgo añadio algunos bienes ſuyos al vinculo ó mayorazgo antiguo, y los vinculó e incorporó con las miſmas condiciones, vinculos y grauamenes, le puede poner, no ſolo a el nueuo que haze de ſus bienes, pero al antiguo que eſtà poſſeyendo del primero fundador, los vinculos y condiciones que quiſiere; y el ſuceſſor que tiene llamamiento del primer fundador tiene obligacion de conſentir, eſtar y paſſar por las miſmas condiciones, y ſi no dexar y perder la ſuceſsion del vinculo acrecentado el que ſucede en el por llamamiento del miſmo fundador, quãto mas ſucediendo doña Leonor por llamamiẽto de Maria

el q aumenta vinculo
antiguo añade el ma
yorazgo puede poner
los grauamenes y cargas
q quisiere.

Maria de Leon, instituydora del segundo que acrecẽtó, no auiendo sido llamada por Diego Ferdandez del Carpio, y assi corre contra ella con mas llaneza la resolucion del señor Doctor Luys de Molina, de Hispanorum primog. lib. 1. cap. 8. num. 35. ibi: *Is tamen qui ex bonis suis aliquid maioratui adiũgit poterit quecumque vincula ac conditiones tam antiquo maioratui, quam proprijs bonis adijcere, neque is qui in bonis eius successerit poterit nouũ maioratum consequi, & ex bonis antiqui maioratus nouas cõditiones reijcere: sed aut debet bona nouiter maioratui addita relinquere, aut ipsas conditiones admittere,* l. filius, fam. §. cum pater, vbi omnes scribentes id notant, ff. de legat. 1. y lo mismo dize que sucede en el heredero que heredò los bienes del vltimo posseedor. *Is nãque aut debet hæreditatem repudiare, aut nouis conditionibus se subijcere:* esta misma resolucion tuuo el Padre Luys de Molina de la Compañia de Iesus, de iust. & iure, disput. 617. nu. 8. vbi ita inquit: *Quando successor in maioratu addit, seũ vinculat bona aliqua sua propria, priori maioratui, tùnc addere potest conditiones, & modos, non solum bonis, quæ de nouo addit, vt ex se est notissimum, sed etiam priori maioratui, modo tamen in nullo repugnent, cum prioribus conditionibus, modis, & vocationibus, quippe in nullò contraueniri possit, priori institutioni in nulloque alio frustrari valeat, obseruat tamen nouas conditiones & modos, non obligare successores in antiquo illo maioratu, nisi ex hipothesi si succedere simul vellint in bonis de nouo additis, ac vinculatis priori maioratui, quare quicumque successor in antiquo maioratu poterit nolle adimplere eas conditiones & modos contentus solis bonis prioris maioratus.* Por manera que podia, si no quisiere guardar las condiciones del nueuo sucessor o posseedor del vinculo antiguo, a que le añadio y acrecentò bienes, contentarse con los bienes del primero, y despedirse de los a el acrecentados, porque no los ha de gozar: esta misma resolucion tuuo el señor don Iuan del Castillo, suar. controuersiar. lib. 3. cap. 10. por muchos numeros, donde disputando la question de si el sucessor ó posseedor del mayorazgo puede declarar, alterar ò mudar las condiciones, sustituciones y llamamientos hechos por el primero

 instituy-

instituydor del mayorazgo: y resuelto que no puede, tandem num.9. dize las palabras siguientes. *Cæterum si maioratus primus institutor, siue eiusdem successor, aut possessor alius quicunque, ipsi maioratui aliquid ex proprijs bonis adiungit, siué propria bona libera addidit, poterit quidẽ quecumque vincula at etiam conditiones nouas, tam bonis antiquis, siue antiquo maioratui, quam propris bonis adijcere, neque is qui in bonis eius successerit poterit nouum maioratũ consequi, & ex bonis antiquis maioratus nouas conditiones reijcere, sed aut debet bona nouiter maioratui addita relinquere, aut ipsas conditiones adimplere.* Y aunque es verdad que estos dos señores consejeros refieren a Pinelo por autor de la contraria opinion in l.1. C. de bonis matern. 3.p. nũ.99. cum seqq. responden, que la opinion de Pinelo pudiera proceder en caso que fueran cõtrarias las condiciones que puso el nueuo posseedor en su nueuo vinculo, a las que auia puesto en el suyo antiguo el primero instituydor, vt patet in prædictis locis: y prolongando la disputa con varias distinciones, tandem nu.17. buelue a resoluer lo mismo diziendo. *In secundo verô casu quando bona libera antiquo maioratui eisdẽ vinculis & conditionibus, aut valde conformibus, vel nõ omnino disimilibus, siué non incompatibilibus adijciuntur, vel adduntur dicendum est valide illa adijci, nec eum qui in huiusmodi bonis successerit posse nouum maioratum consequi, & ex bonis antiqui maioratus nouas conditiones reijcere, sed aut debere bona nouiter maioratui addita relinquere, aut ipsas cõditiones admittere, atque adimplere, quod per text. in filius fam. §. cum pater, ff de leg.1. rectè obseruabit Molina de Hispanor. primog. lib.1. cap.8. nu.35. in princip.* Y luego lo và comprobando ex l. ab eo, C. de fideicom. y con la autoridad de Peralta in l. cum pater, §. à filia, ff. de leg.2. y del mismo señor Molina, lib.2. cap.11. nu.4. & n.8. & secundum hanc resolutionem iudicauit Senatus Lucitanus apud Antonium Gammã, decisi.263. ad quã Blasius Flores, ad finem inquit: *Tandem his visis decisio Præsens Senatus vera est, nam absque dubio possessor maioratus potuit adijcere nouas conditiones, & grauamina maioratui antiquo, si addidit bona propria, & licet Pinelus dicat quod non, cuius opinionem probabilem Molina dicit, si sint contrariæ*

vocationi-

vocationibus adiectis in primo maioratu simpliciter, tamen tenendum est, quòd quomodocumque vellit adijcere potest, licét postea sequatur diuisio horum maioratum, nisi aliquid repugnans, & incompatibile resultet ex quo alter eorũ suprimatur; vel suprimi poterat, vel posset in futurum, túnc enim etiam quoad bona addita seruanda essent disposita in primo maioratur.

De dōde resulta, q̃ no auiendo la dicha Maria de Leō puesto cōdiciones cōtrarias en el anniuersario q̃ hizo de sus casas, incorporãdolas al anniuersario antiguo de Diego Fernandez del Carpio, sino la misma cōdiciō y grauamen de Missas; y auiēdo sucedido la dicha doña Leonor en el vinculo de Diego Fernãdez del Carpio, y en el q̃ instituyó la dicha Maria de Leon de las casas, por el llamamiēto de la Maria de Leō, tiene obligaciō de estar y passar por la vēta q̃ la dicha Maria de Leō auia fecho de los dichos 74. oliuos, aunque huuieran sido de los del dicho anniuersario: itaque auiendo la dicha doña Leonor sucedido en bienes de la Maria de Leon por el testamēto de la susodicha, y ganado la executoria en virtud del llamamiento de la susodicha despues de auer vendido à Fernã Perez los 74. oliuos. *Non potest venire cōtra factum defunctæ; l. cum à matre, C. de rei vendicat. l. ex qua persona ff de regul iur. l. si ab eo, C. de liberali causa, cũ alijs copiosissimé adductis ab Ant. Gabr. lib. 6. de reg. iur. concl. 11. doctissimus etiam Alfanus, collectanea iuris 62. Tobias Nonius, cons. 39. Cephal. cōs. 373. n. 11. & seqq. lib. 3. cons. 318. n. 1. & cons. 334. n. 19. & cons. 311. n. 55 & cons. 314. n. 43. Menoch. cons. 89. lib. 1. & cōs. 115. n. 42. lib. 2. & cons. 129. n. 23. & cōs. 115. n. 5. & cons. 169. n. 9. Roland à Valle, cons. 97. n. 43. & 61. lib. 1. & cons. 44. n. 9. lib 3. & cōs. 30 n. 29. & cons. 100. n. 143. lib. 4. Nat. cōs. 448. n. 89. Riminald. iunior, cons. 37. n. 62 lib. 1 & cons. 64. n. 16. & cons. 23. n. 34. eod lib. Senatus Pedemontanus, decisi. 67. Bursat cons. 3. n. 24. & seq lib. 1. Ripa, cōs. 8 n. 25. cũ seq in cōsilijs feudal. Hieron. Gabr. cons. 125. n. 3. & seq. Tiber. Decian. respons. 130. n. 9 lib. & cons. 31. n. 157. lib. 1. & cons. 55. n. 87. lib. 7. & cons. 121 n. 37. & seq lib. 3.*

Y seria absurdo repugnante à derecho, y a toda buena razon, que la doña Leonor fuesse de mejor condiciō que lo fuera la Maria de Leō si fuera viua, la qual es cierto que no podia venir cōtra su proprio hecho, ni reuocar

la dicha venta: igitur, tampoco lo puede hazer la doña Leonor, que deriua su derecho, no del dicho Diego Fernandez del Carpio, sino de la dicha Maria de Leon, y q̃ ha sucedido en todos los bienes de la susodicha, y en el derecho del patronazgo de la Iglesia, y Cofadria, y en el de nombrar sucessor al anniuersario, y finalmente sucedio en todos los derechos y acciones de la Maria de Leõ: ita es preciso estar obligada como ella al saneamiento de la dicha venta, & debet expelli á reuocatione rei venditę, l. vẽdicãtẽ, ff. de euictionib. l. exceptione, C. eod. tit.

Y esta resolucion en tanto grado es verdadera, q̃ procede aun en caso que los 74. oliuos fueran proprios de la doña Leonor, y no fueran de la Maria de Leon, como lo eran: quia testator potest disponere de re propria sui hęredis, vt iniure est plus quã notissimũ, ita Anton. Gabr. d. conc. 11. n. 3. de reg. iur. lib. 6. Rimin. senior, cõs. 428. n. 7. Rimin. iun. cõs. 64. n. 17. lib. 1. Crot. cõs. 32. n. 28. Menoch. cons. 89. n. 34. & seq. lib. 1. & est communis sententia in omnibus Senatibus, & Rotis seruata, approbata & canonizata. Y de aqui procede, que es licito al testador hazer manda y legado de los bienes de su heredero, y dexarlos a quien quisiere, §. non solum, Instit. de legat. Curt. iun. cons. 54. n. 11. Menoch. d. cons. 87. n. 50. & 51. lib. 1. qui dicunt, legatarium non posse venire contra factũ defuncti testatoris: quia quem honoro grauare possunt, d. l. ab eo, C. de fideicom. & hęc opinio est verior, quam Castrẽsis opinio in d. l. cum à matre, allegata a Gabriel d. concl. 11. nu. 18. lib. 6. de reg. iur.

Testator potest disponere de bonis heredis

Y si replicare contra esto la parte contraria diziendo, que ella no es heredera de la Maria de Leõ, ac pro inde, que no pueden correr contra ella las reglas de los testadores que corren contra los herederos. Se responde. Lo primero, q̃ es heredera: quia succesit in vniuersum ius, quod defuncta habuit tempore mortis. Lo segũdo se responde, que tambien procede contra los legatarios, vt in d. §. non solum, & in l. cum seruus, aliàs, apud Iulian. §. cõstat, & l. omnibus, §. in testament. vers. Etiam, ff. de leg. 1. l. cum alienam, C. de legat. l. 10. tit. 9. p. 6. *Præterea etiã procedit contra eum, qui est hæres prodimidia parte, is enim contrauenire non potest, cum offensio, & non defensio, circa factũm defuncti quemlibet hæredem insolidum teneãt, nec in parte, pro alia parte rẽ*

suam

suam à testatore venditam vendicare valeat, Socin. sen. in l. 3 § fi. in fin ff. de verbor. oblig. & in l frater, â fatre, n. 19 ff. de condition. indebiti. Donde dize auerse assi juzgado muchas vezes, *Bald. in l. cũ à matre, C. de rei vendicat. n. 6. & 9. & ibi Castrens. Bursat. cons. 3. n. 34. lib. 1.* Donde afirma, que aun el proprio hijo que fue instituydo in quota por herede ro vniuersal, non potest reuocare in aliqua parte rem propriam à testatore alienatam, sed agere tantum ad suplementũ legitimę.

Y esta resolucion se estiende y procede en caso del sucessor de aquel que enagenò algunos bienes sugetos a fideicomisso y restitucion, porque este tal sucessor no podrá contrauenir a la enagenacion hecha de semejantes bienes, ni dezir contra ella aquel a quien se le deuian restituyr, porque el sucessor en todo ó en parte de los bienes no puede impugnar el hecho del difunto, ita Gabr. d. loco. nu. 6. idem Menoch. d. cons. 89. n. 34. vsque ad nu. 65. lib. 1. Roman. cons. 18. n. 4. Alex. cons. 3. in princ. & 23. in fin. lib. 3. Ruyn. cons. 7. nu. 39. lib. 1. Socin. iun. cons. 107. n. 56. lib. 3. & cons. 116. nu. 53. lib. 1. Parisi. cons. 34. in fin. lib. 2. Alciat. respons. 561 in fin. Tiraquell. de retract. consanguinit. §. 1. gloss. 9. nu. 50. Mandel. Albens. cons. 73. nu. 1. Ceph. cons. 393. nu. 58. & 59. lib. 3. & ibi nu. 64. y todos estienden esta resolucion al heredero del heredero, Decian. respons. 55. lib. 3. facit etiam: quia nullus potest impugnare factũ ab eo à quo fructum fuit consequutus, ca. cum olim, in fin. de cẽsibus, l. cum in fundo, §. & siquidem, ff. soluto matrim. cum cõcordantibus adductis á gloss. in reg. ex eo, ff. de reg. iur. in 6. igitur, auiendo la dicha doña Leonor sucedido en vno y otro anniuersario en virtud del llamamiento de Maria de Leon, porque no lo tuuo del Carpio, ni fue anniuersario dexado a familia, vna vez acetado por la doña Leonor quedò obligada al cumplimiẽto de todas las calidades, l. contra, §. fin. cum seqq. ff. de pactis, Tiraquell. plura, lib. 2. de retract. in fin. nu. 1. cum seqq. & acceptans emolumẽtum ad onus iniunctum obligatur, l. decem, & l. debitor, §. 1. ff. de fideicõmissar. libertatib. cum in numeris adductis à Pelaez de Mieres, de maioratib. 1. p. q. 55. nu. 30. per plures sequentes.

Este assumpto adornò copiosissimamente Tiberio Deciano, d. respons. 55. à nu. 87. cum seqq. donde auiendo puesto por regla general, quod hæres non potest contrauenire facto defuncti, ex d. l. cum à matre, & l. venditrici, C. de rebus alienis, non alienand. & quod etiam iure proprio, non licèt hæredi venire contra factũ defuncti: y que esto procede aunq̃ no se huuiera obligado a la euiccion y saneamiento, como si se huuiera vendido lo ageno sabiendolo el comprador, quo casu non teneretur de euictione, l. si fundum, C. de euiction. tamen hæres non poterit contrauenire condi-

G ditioni

ditioni, testante Bald. in dict. l. cum á matre, & Fulgosio, cós. 67. cum alijs, quæ ibi refert tandem n. 890. tratando de los bienes sugetos a restitucion, y de fideicomisso, dize las palabras siguiétes. *Tertio magis in specie comprobatur: quia communis est conclusio, quod si defunctus alienauerit bona subiecta fideicommisso debito hæredi suo, si tamẽ hæres acceptauit eius hæreditatem, non poterit contrauenire facto, & alienationi defuncti, hoc expresse tenuit Roman cons. 18. nu. 4. & 5. Alex. cons. 3. in princip. & cons. 32. nu. 5. in 3. & Ruyn. cons. 1. nu. 13. in fin. & cons. 7. nu. 39. & cons. 208. nu. 16. in princip. & cons. 25. nu. 11. in 2. & Bertrand. cons. 88. n. 1. in 1. Grat. cons. 25. n. 29. in princip. Ergo habemus decisiones claras, quód etiam in fideicommissis hæres non potest contrauenire facto defuncti, & idem tradit Parisi. & plura allegat cons. 34. nu. 60. in 2. & cons. 69. nu. 122. in 3. & cons. 76. nu. 17. eod. Vol. 3 & Socin. iun. cons. 17. n. 58. in 3.* Finalmente và exornando lo mismo hasta el fin del dicho responso, in numera pro ea sententia congesit, Peregr. de fideicomis. art. 33. per totũ, Vincent. Fusàrius, de fideicommissaria substitutione, q. 555. vbi ex doctrina Alexand. Peregrin. Castrens. docet: *Hæredem non posse agere ad Vendicandum à possessoribus res subiectas fideicommisso alienatas ab eo cuius est hæres, quod multo copiosius ostẽdit, idẽ q. 557. per totã, & q 560.*

Tandem se responde, que las casas que Maria de Leon dexó anexadas al vinculo, valian mucho mas por el tiempo quãdo las incorporó que valian los 74. oliuos quando la susodicha los vendio: porque como consta de la escritura de venta, el precio justo que valieron los dichos oliuos fueron los 24U500. marauedis del censo, y los 4U. que le pagó en dineros de contado, y las casas valian otros tantos marauedis, las quales juntas con el derecho del patronazgo, que tambien le dexó, es cosa de estimacion, y que hazen mayor el valor de lo subrogado ó incorporado al del oliuar de los 74. oliuos.

Vlterius etiám corroboratur la justicia de doña Damiana, porque conforme a la clausula de la institucion del anniuersario, pudiera la dicha Maria de Leon enagenar en qualquier estraño todos los oliuos del anniuersario, o parte dellos, con la carga de Missas, aunque la susodicha no lo huuiera acrecentado, vt patet, ibi: *Y en fin de sus dias lo dexe a la persona que ella quisiere con la misma carga, y assi vaya sucediendo para siempre jamas:* porque por ellas el dicho Diego Fernandez del Carpio dexó los oliuares del Pozuelo a la dicha Maria de Leon su sobrina con la carga del anniuersario, con facultad, que los pudiesse dexar a las personas que ella quisiesse con la dicha carga: de suerte que aunque la obligacion de las Missas fue perpetua en ella y en sus sucessores, quiẽ huuiessen de ser estos lo dexó a la voluntad libre de la dicha Maria de Leon, porque essa

es la

es la fuerça de aquellas palabras, *lo dexe a la persona que ella quisiere*, latine, *cui voluerit*, l.cum quidam, ff. de legat.2.in principio. *Cum quidam* (l.inquit Vlpianus) *ita fideicommissum reliquiset, rogo, vt restituas liberis meis, quibus voles Marcellus putat hæredem posse, etiã indignum præferre, & in l.cum pater, § rogo, ff.eodem, cum pluribus adductis â Ludouico de Molina, de Hispanorum primogen. lib.2.cap.5.nu. 7. cum sequentib.* vbi plures idem tenentes refert, sed extat celebre consilium Menochij 61.qui num. 1. ponit eandem clausulam, *quidquid placuerit faciendum*, que es lo mismo que dezir, *haga dellos los que quisiere.* Y hablando en caso mas riguroso de sucesion feudal resuelue, que tienen tanta fuerça las dichas palabras, que hazen proprios los bienes de aquel a quien se dexa semejante facultad, y de feudales y inalienables los haze alodiales y libres para poderlos enagenar, etiam in extraneos, & num. 4. ait, que entonces se dize que este posseedor *possidet nomine proprio, & rem propriam & allodialem*, Curtius iun. in tractat. feudorum, part.4. 2. regul. principali respons. quos sequitur Surd.num.4. Bursat.cons.4.num.13. Craueta, cons. 414.nu.9. & 6. & esse sinedubio, cons.502. Menoch. cons.40. num. 26. Itaque supuesto que el dicho Diego Fernandez del Carpio no dispuso ni ordenó que la dicha Maria de Leon eligiesse entre sus deudos y parientes, pudiera la susodicha nombrar qualquiera estraño a la sucesion del dicho anniuersario para despues de sus dias con el dicho grauamen de Missas: ergo a fortiori pudiera vender con la dicha carga los dichos 74. oliuos, y no expressando las Missas en la venta passara con la dicha carga pro rata, y no para mas; y hecha y otorgada la dicha venta por la dicha Maria de Leon del dicho oliuar de 74. oliuos, no puede la dicha doña Leonor tener derecho a ellos, porque su derecho (vt sepè dixi) nace del testamento de la Maria de Leon, otorgado a onze de Otubre de 1579. años; y la venta fue a veynte y quatro de Febrero de 1573. seys años antes, & ita, la susodicha no puede tener derecho a pedir los dichos 74. oliuos que ya estauan enagenados. *Quoniam concessio facta, ad omnia bona non comprehendit, ea quæ alteri fuerant anteà concessa, iuxta textum in l. quoties, C. familiæ ercìscundæ, vbi ea quæ alijs sunt concessa, non veniunt in genere, textus in l. qui hominem, ff. de adimend.legat. vbi in legato generis non venit, quod alteri est distractum delegato generis, l. vxorem, § felicissimo, ff. de legat.3. text etiam in capit. dudum, de priuilegijs, vbi concessio non extenditur ad ea, quæ ab alijs possidentur.*

Tandem

Tandem pro complemento huius allegationis, suplico a V.m. se sirua de traer a la memoria la l. cum tale, §. fin. & ibi gloss. donde se prueua, que en qualquiera disposicion se tiene por expresso aquello que si se le preguntara al testador si lo quisiera y fuera su voluntad, respondiera, que si: y en nuestro quien duda que si le preguntaran a Maria de Leon si queria que la doña Lenor, y qualquiera otro que sucediera en virtud de su llamamiento, aprouara la venta que ella auia fecho de los setenta y quatro oliuos, y no la contredixera, ni tratara de reuocarla, quis inquam dubitat, que respondiera, que si, y que reuocara el llamamiento del tal contradictor, o contradictora, conforme a la resolucion de los Doctores, in dict. §. fin. que dizen, que es esta vna muy gran presuncion, ita omnes dict. §. vltim. Bald. in l. custodiam, ff. de periculo, & commodo rei venditę, Alexand. in l. Titius, §. Lutius, column. 1. ff. de liber. & posthumis, Iason, cons. 171. colum. 2. volum. 4. Roland. â Valle, cons. 55. num. 8. Grat. respons. 29. num. 22. Menoch. pręsumpt. 2. num. 18. lib. 4. De donde resulta, que la dicha doña Leonor por la impugnacion de la venta se hizo enemiga capital de la Maria de Leon, que la llamó a sucession que no le pertenecia, porque no fue llamada por el Clerigo, & ita, no està comprehendida en el llamamiento general que la Maria de Leon hizo de los hijos de Antonio de Robles, porque por auer contradicho la venta se hizo odiosa a la testadora, e indigna de la sucession a que la llamó: *Quia odiosi testatori, & qui illum offenderunt sunt indigni, & nunquam censentur vocati in dispositione & vocatione generali, l. cum pater, §. rogo, ff. de legat. 2. l. Lutius Titius, §. Titius Dama, in eodem tit. gloss. & Doctores, in §. rem, Instit. de legatis, l. iniuriarum, §. 1. ff. de iniurijs, l. seruus, ff. de testament. militis, l. in ipsius, in fine, C. familiæ erciscundæ, l. 3. in fine, ff. de adimend. legat. quod copiosissimè exornauit Mieres, de maioratibus, in initio, 2. part. num.* 342. y en vinculos, mayorazgos y fideicomissos se haze indigno, *is qui illum fallacijs à sequitur*, como lo hizo doña Leonor haziendose hija mayor: *& ita eo potiri non debet, iuxta copiose tradita ab eodē Mieres, dict. 2. part. quæstion. 4. illation. 1. num.* 44. Por todo lo qual la justicia de doña Damiana es clara, vt pro ea iudicari speramus: Salua, &c.

El Licenciado Iuan de Morales.